

# Erläuterungen

## Teil I                      Gerichtsverfassung

### 1. Abschnitt              Gerichte

#### § 1      [Unabhängige Gerichte]

**Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte Gerichte ausgeübt.**

Übersicht	Rn.
I.    Begriff .....	1
II.   Unabhängige Gerichte .....	2–5
1.   Organisatorische Unabhängigkeit .....	3
2.   Persönliche Unabhängigkeit .....	4
3.   Sachliche Unabhängigkeit .....	5
III. Prüfungsrecht der Gerichte .....	6–23

### I.    Begriff

Unter der **Verwaltungsgerichtsbarkeit** ist die Kompetenz der Gerichte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verstehen. Der Umfang dieser Kompetenz ist in § 40 geregelt. **1**

### II.   Unabhängige Gerichte

Für den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit verwirklicht die VwGO die in den Art. 20 Abs. 2, 92 und 97 GG vorgesehene Gewaltenteilung durch Übertragung der Funktionen des Staates auf Organe, die voneinander unabhängig sind. **Der Begriff des Gerichts impliziert daher dessen Unabhängigkeit von Legislative und Exekutive.** Die VwGO verwendet diesen Begriff einheitlich. Er ist für den Aufbau der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit wegen der klaren Bestimmungen der Gerichte in § 2 unproblematisch, gewinnt jedoch Bedeutung bei der in § 40 vorgesehenen Zuweisung von Streitigkeiten des öffentlichen Rechts an andere Gerichte<sup>1</sup>. Die Unabhängigkeit der Gerichte beinhaltet die: **2**

#### 1.    Organisatorische Unabhängigkeit

Die **Gerichte stehen funktionell und organisatorisch selbständig** neben den gesetzgebenden Körperschaften und den Verwaltungsbehörden<sup>2</sup>. Sie üben Rechtsprechung, keine Selbstkontrolle der Verwaltung aus. Die aus der Entstehungszeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit bekannte Verbindung der Verwaltungsgerichte mit Verwaltungsbehörden, wie etwa bei den pr. Kreis- oder Bezirksausschüssen, schließt die VwGO ausdrücklich aus. **3**

#### 2.    Persönliche Unabhängigkeit

Die **Gerichte sind mit Richtern besetzt**. Die Unabhängigkeit der Richter ist durch das Grundgesetz gesichert (Art. 97 GG)<sup>3</sup>. Den Inhalt und die Ausgestaltung des Richterverhältnisses regelt das DRiG. Die Tätigkeit des Richters schließt es aus, dass er gleichzeitig Aufgaben der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt wahrnimmt (vgl. § 4 DRiG). Dazu gehört auch ein ehren- **4**

1 Vgl. § 40 Rn. 37 ff.

2 Vgl. Schoch/Stelkens Rn. 26 ff.

3 Vgl. Maunz/Hillgruber Art. 97 Rn. 19 ff., 75 ff.; Classen in Mangoldt/Klein/Starck, GG 6. Aufl. 2010, Art. 97 Rn. 17 ff.

amtliches Amt in der Kommunalverwaltung<sup>4</sup>. Ebenso wenig kann ein Mitglied der Legislative oder der Exekutive gleichzeitig richterliche Funktionen ausüben. Zur persönlichen Unabhängigkeit des Richters vgl. § 15 Rn. 3, zu den verschiedenen Arten des Richterverhältnisses § 5 Rn. 1, zur Dienstaufsicht § 38 Rn. 1.

### 3. Sachliche Unabhängigkeit

- 5 Die Gerichte sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit nur an Gesetz<sup>5</sup> und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Sie unterliegen daher keinerlei Weisungen, nicht durch das Parlament, die Regierung oder Verwaltungsbehörden, auch nicht durch die Gerichtsverwaltung (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG). Auf die Gerichte können andere Aufgaben als die der Rechtsprechung, mit Ausnahme der Gerichtsverwaltung, nicht übertragen werden (vgl. § 39).

## III. Prüfungsrecht der Gerichte

- 6 Die Unterwerfung der Gerichte unter das Gesetz verpflichtet sie zunächst zu prüfen, ob für das Handeln der Verwaltung eine ausreichende gesetzliche Grundlage vorhanden gewesen ist, wobei dieser Vorbehalt des Gesetzes als Vorbehalt der Regelung durch oder auf Grund eines Gesetzes verstanden wird<sup>6</sup>. Ausgehend von der Strafgefangenen-Entscheidung des BVerfG<sup>7</sup> haben die Gerichte in einer Reihe von Entscheidungen, insbesondere im Schulrecht<sup>8</sup>, aber auch in anderen Bereichen<sup>9</sup> den Vorbehalt des Gesetzes betont. Trotz des Fehlens einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage wurde aber die angefochtene Verwaltungsentscheidung nicht aufgehoben, um – mit unterschiedlicher Begründung – die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu erhalten<sup>10</sup>. Dieser Grundsatz ist nicht auf Eingriffsakte beschränkt, sondern gilt auch für Leistungsansprüche wie die beamtenrechtliche Beihilfe<sup>11</sup>. Zu den Voraussetzungen für die Schließung einer Gesetzeslücke durch den Richter vgl. BVerwGE 45, 85 (zum WehrpflichtG), E 57, 183 (zum BesoldungsG). Das Gericht hat aber auch zu prüfen und zu entscheiden, ob ein wirksamer Gesetzesbefehl vorliegt, d. h. ob
1. ein Gesetz nach den für die Gesetzgebung in Bund und Ländern oder bei Trägern mittelbarer Staatsverwaltung geltenden Bestimmungen förmlich wirksam zustande gekommen ist<sup>12</sup>,

4 Vgl. BVerwG NVwZ 1990, 162; Münster DRiZ 1990, 181 für Kreisrechtsausschuss; BVerwGE 41, 195 für Verwaltungsrat einer öfftl. Sparkasse; Eyermann/Rennert Rn. 6 m. N.; a. A. Schoch/Stelkens Rn. 28; Schmidt-Räntsch DRiG § 4 Rn. 19.

5 Vgl. dazu Rupp NJW 1973, 1769.

6 Vgl. Jesch, Gesetz u. Verwaltung, 1961 S. 30; Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970 S. 273.

7 BVerfG 33, 1; vgl. auch die Facharzt-Entscheidung E 33, 125; die Schulentscheidung Hessen E 41, 261.

8 Vgl. BVerwGE 47, 194; 57, 360 zum Sexualkundeunterricht; E 47, 201 zur 5-Tage-Woche; E 56, 155 zur Versetzung und Eignungsfeststellung; E 64, 308 zur Festlegung der Pflichtfremdsprache; Kassel NJW 1976, 1856; Münster NJW 1977, 826, beide zur Neugestaltung der gymnasialen Oberstufe; Niehues DVBl. 1980, 465.

9 Vgl. BVerwG NJW 1992, 2496 zur Subvention eines Vereins, der vor bestimmten Religionsgesellschaften warnen soll; NJW 1993, 411 zum Verbot von Einwegverpackungen durch gemeindliche Satzung; BVerwGE 98, 324 zur Regelung der Laufbahnprüfung von Beamtenanwärtern; E 96, 189 zu „Strafbeschlüssen“ des Ehrengerichts der Lotsenbrüderschaften; Kassel NJW 1977, 2131 zur Zuständigkeitszuweisung für hoheitliches Handeln; NJW 1990, 336 zur Nutzung der Gentechnologie, m. abl. Anm. Deutsch; ablehnend auch Kloepfer, Lerche-Festschrift S. 755.

10 Vgl. BVerwGE 56, 155 zum Schulwesen; E 51, 235 zur Bewerberauswahl beim Güterfernverkehr, m. Anm. Grupp DÖV 1977, 748, dazu auch Pieroth VerwA 68, 217; E 64, 238 zum Kraftdroschenverkehr; allgemein Erichsen VerwA 67, 93; Kisker NJW 1977, 1313.

11 BVerwGE 121, 103.

12 Vgl. BVerwGE 56, 31 zur wirksamen Verkündung.

2. ein abgeleitetes Recht (Verordnung, Satzung usw.) sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage hält<sup>13</sup>.

Das **Gericht hat weiter zu prüfen, ob die Gesetze**, denen es unterworfen ist, **verfassungsgemäß** sind, d. h. ob sie sich im Rahmen des Grundgesetzes oder – bei Landesrecht – der jeweiligen Landesverfassung halten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber im Rahmen eines ihm zustehenden Ermessens die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat<sup>14</sup>, auch der Gleichheitssatz bietet dem Gericht keine Möglichkeit, seine Auffassung von Gerechtigkeit derjenigen des Gesetzgebers zu substituieren<sup>15</sup>. Im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes müssen Entscheidungen, die wegen ihrer weit reichenden Auswirkungen auf den Bürger, insbesondere auf dessen Freiheits- und Gleichheitsbereich, auf die allgemeinen Lebensverhältnisse und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung als grundlegend und wesentlich anzusehen sind, vom Gesetzgeber getroffen werden<sup>16</sup>. Inwieweit die einmal getroffene grundsätzliche Entscheidung wegen im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehender technischer Entwicklungen ein erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers erfordert, liegt zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers, auch hier ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten<sup>17</sup>. Die Gerichte, insbesondere die Obersten Gerichtshöfe des Bundes, sind zu **richterlicher Rechtsfortbildung**<sup>18</sup> in dem Sinne befugt, dass sie ggf. bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten können und müssen<sup>19</sup>. Der Rechtsfortbildung sind jedoch durch den Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG Grenzen gesetzt<sup>20</sup>.

Für die **Feststellung der Verfassungswidrigkeit nachkonstitutioneller Gesetze**, d. h. aller Gesetze, die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen oder novelliert<sup>21</sup> sind, **hat jedoch das BVerfG das Entscheidungsmonopol**<sup>22</sup>. Das Gericht muss daher das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG aussetzen und die Entscheidung des BVerfG bzw., soweit es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, des Verfassungsgerichts dieses Landes einholen, wenn es der Auffassung ist, dass das Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung des Rechtsstreites ankommt<sup>23</sup>, verfassungswidrig ist<sup>24</sup>; das Gleiche gilt, wenn es sich um die Verletzung des Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem

13 Zur verfassungsrechtlichen Relevanz von Verfahrensvorschriften vgl. BVerfG NJW 1980, 759; vgl. auch Rn. 11.

14 BVerwGE 26, 317; BVerfGE 3, 162.

15 BVerwGE 49, 227.

16 BVerfGE 49, 89 zur Grundsatzentscheidung für oder gegen die friedliche Nutzung der Kernenergie; vgl. zum Parlamentsvorbehalt München DVBl. 1983, 1157 sowie Erichsen VerwA 67, 96; VerwA 70, 249; Häberle DVBl. 1972, 909.

17 BVerfGE 49, 89; zu weitgehend daher Münster NJW 1978, 439, beide Entscheidungen zum „Schnellen Brüter“, vgl. auch VG Schleswig NJW 1980, 1296 zur Entsorgung.

18 Vgl. BVerwGE 98, 280.

19 BVerfGE 82, 212; vgl. BVerwG NJW 1997, 2966 zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, dazu auch BSG NJW 1994, 1550; zum Problem beim Konflikt zwischen EG-Richtlinie u. nationaler Norm vgl. Hergenröder, Zöllner-Festschrift S. 1139.

20 BVerfGE 65, 182; vgl. dazu auch Berkemann DVBl. 1996, 1028.

21 Vgl. BVerfGE 36, 224.

22 Vgl. Sachs/Sturm/Detterbeck Art. 100 Rn. 1.

23 Sachs/Sturm/Detterbeck Rn. 14; zur Prüfungskompetenz der Landesverfassungsgerichte grundlegend BVerfG NJW 1998, 1296; vgl. auch HessStGH NJW 1999, 49; Lemhöfer NJW 1996, 1714.

24 Vgl. auch BVerwGE 100, 160 Vorlagepflicht durch Revisionsgericht verneinend, solange verfassungskonforme Auslegung von irrevisiblen Landesrecht durch das Berufungsgericht denkbar ist.

Bundesgesetz handelt<sup>25</sup>. Das Gericht ist in diesem Fall durch Art. 100 GG an jeder anderen Entscheidung gehindert<sup>26</sup>. Das weitere Verfahren richtet sich dann nach §§ 80 ff. BVerfGG bzw. dem VerfGG des Landes. An die Entscheidung des Verfassungsgerichts ist das Gericht sodann gebunden<sup>27</sup>. In gleicher Weise hat das Gericht die Entscheidung des BVerfG einzuholen, wenn streitig und erheblich<sup>28</sup> ist, ob ein Gesetz als Bundesrecht fortgilt<sup>29</sup>. An die Darlegung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage müssen strenge Anforderungen gestellt werden<sup>30</sup>; der Vorlagebeschluss ist vom vorlegenden Gericht aufzuheben, wenn die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes nicht mehr entscheidungserheblich ist<sup>31</sup>.

- 7b** Die Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG (zur Begründung vgl. BVerfG NJW 1992, 1951) kann nicht nur in Verfahren über die Hauptsache, einschließlich des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens (vgl. § 47 Rn. 9) in Betracht kommen, sondern grundsätzlich auch, wenn vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 oder § 123 begehrt wird<sup>32</sup>. Auch beim vorläufigen Rechtsschutz handelt es sich materiell um die Anwendung von Gesetzen, bei denen die Verfassungsmäßigkeit fraglich sein kann. Soweit jedoch die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Norm nur bei der Interessenabwägung im Hinblick auf die Aussichten der Hauptsache betrachtet wird (wie regelmäßig im Verfahren nach § 80), wird die Vorlage erst im Hauptverfahren in Betracht kommen<sup>33</sup>. Das Gericht kann jedoch, wenn dies nach den Umständen des Falles im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint und die Hauptsacheentscheidung dadurch nicht vorweggenommen wird, vor der im Hauptsacheverfahren einzuholenden Entscheidung des BVerfG selbst vorläufigen Rechtsschutz gewähren<sup>34</sup>. Wo jedoch die Regelung des vorläufigen Zustandes die endgültige Entscheidung weitgehend vorwegnimmt, ist auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG geboten<sup>35</sup>.

- 8** Das Gericht setzt nach Art. 100 GG durch Beschluss aus. Dieser Beschluss wird von dem Gericht in voller Besetzung gefasst<sup>36</sup> und ist als besonderes Rechtsinstitut<sup>37</sup> nicht anfechtbar<sup>38</sup>. Die Vorlage an das BVerfG ist für das Vorlagegericht grundsätzlich Verfahrenshindernis<sup>39</sup>. Die Bindung an die Vorlage kann jedoch entfallen und das Vorlagegericht zur Aufhebung seines Beschlusses befugt sein<sup>40</sup>, infolge nachträglicher Dispositionen der Parteien<sup>41</sup>, bei zwischenzeitlich eingetretenen Rechtsänderungen<sup>42</sup>, bei anderweitiger Ent-

25 Vgl. z. B. BVerfGE 20, 238; E 21, 106; E 35, 65 zur Vereinbarkeit von Ausführungsgesetzen der Länder mit der VwGO.

26 BVerfGE 34, 320 zum Urteil unter Vorbehalt der Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das BVerfG; m. zust. Anm. Bethge NJW 1973, 2100; vgl. auch Ipsen NJW 1977, 2289.

27 Zur Bindungswirkung vgl. BVerfGE 40, 88; v. Mutius VerwA 67, 403.

28 Vgl. BVerfGE 4, 358.

29 § 86 Abs. 2 BVerfGG.

30 BVerfG NVwZ 1998, 606.

31 BVerwGE 83, 320; vgl. Rn. 8.

32 BVerfG NJW 1992, 2749; München DVBl. 1994, 61; Münster NVwZ 1992, 1226; Eyermann/Geiger Rn. 11; Kopp/Schenke § 94 Rn. 9; grundlegend auch unter Hinweis auf abweichende Meinungen Schoch/Ehlers Anh. § 40 Art. 100 Abs. 1 GG Rn. 46 ff.

33 Vgl. § 80 Rn. 50.

34 BVerfG DVBl. 1992, 1218; vgl. auch Berlin DVBl. 1992, 919; Münster DVBl. 1992, 1372.

35 Vgl. BVerfGE 46, 43 sowie § 123 Rn. 32.

36 BVerfGE 16, 305; 26.7.2010 – 2 BvL 21/08, juris; 15.11.2010 – 1 BvL 12/10, n. v.

37 Vgl. Lüneburg OVG 6, 371.

38 Vgl. Schoch/Ehlers Anh. § 40 Art. 100 Abs. 1 GG Rn. 56.

39 BVerfGE 34, 320.

40 BVerfGE 51, 161.

41 BVerfGE 49, 217.

42 BVerfGE 29, 325.

scheidung des BVerfG in parallelen Normenkontrollverfahren<sup>43</sup> oder auch, wenn das Vorlagegericht in Bezug auf die Gültigkeitsfrage oder die Entscheidungserheblichkeit seine Auffassung ändert oder sich einer ihm unterbreiteten gegenteiligen Meinung anschließt<sup>44</sup>.

Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, das vor Inkrafttreten des GG oder der jeweiligen Landesverfassung erlassen worden ist (**vorkonstitutionelles Gesetz**), kann das Gericht dagegen im anhängigen Verfahren selbst feststellen, da ein solches Gesetz der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle nicht unterliegt<sup>45</sup>, es sei denn, das Landesrecht hat die Prüfungskompetenz des Landesverfassungsgerichts auch auf vorkonstitutionelles Recht erstreckt<sup>46</sup>. 9

Nach **Art. 9 des Einigungsvertrags** bleibt in den dort aufgeführten Fällen das im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages geltende **Recht der DDR** als Landes- bzw. als Bundesrecht in Kraft, soweit es mit dem Grundgesetz, mit dem in Kraft gesetzten Bundesrecht sowie mit dem unmittelbar geltenden Recht der EU vereinbar ist. Soweit das DDR-Recht nicht aufgehoben worden ist, ist es jedoch weitgehend in den Ländern in Landesrecht überführt worden. Das Gericht hat inzidenter zu prüfen, ob diese Voraussetzungen vorliegen und stellt dabei fest, ob die betreffende Vorschrift in Kraft geblieben ist. Ebenso wie bei dem vorkonstitutionellen Gesetz (vgl. Rn. 9) besteht insoweit keine Verpflichtung zur Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 GG<sup>47</sup>. Da es an einer ausdrücklichen Zuweisung an das BVerfG fehlt, scheidet auch eine Vorlage entsprechend § 86 Abs. 2 BVerfGG aus. Eine Vorlage an den EuGH kann unter den in Rn. 17 erläuterten Voraussetzungen in Betracht kommen. 10

Bei allen **Rechtsvorschriften, die nicht formelles Gesetz sind**, kann das Gericht, nicht auch die Widerspruchsbehörde (vgl. § 73 Rn. 13), auch den Verstoß der entscheidungserheblichen Norm gegen eine höherrangige Norm und damit deren Verfassungswidrigkeit bzw. Ungültigkeit selbst feststellen (**inzidente Normenkontrolle**) und sie dann bei seiner Entscheidung außer Betracht lassen, so z. B. bei bundesrechtlichen Verordnungen<sup>48</sup>, auch wenn sie der Zustimmung einer gesetzgebenden Körperschaft bedürfen<sup>49</sup>. Wird eine Rechtsverordnung durch Bundesgesetz geändert und in dieser Änderung die Regelung sogleich wieder zur Disposition des Ordnungsgebers gestellt, bleibt der Verordnungsrang und damit die Befugnis der Gerichte zur inzidenten Normenkontrolle erhalten<sup>50</sup>. Bei landesrechtlichen Verordnungen prüfen die Gerichte in gleichem Umfang, soweit die Landesverfassungen nicht bei Verstoß gegen Landesverfassungsrecht die Entscheidung der Verfassungsgerichtshöfe vorgesehen haben<sup>51</sup> oder auch bei Satzungen<sup>52</sup>. 11

Zur **abstrakten Kontrolle** von landesrechtlichen Normen, die im Rang unter dem formellen Gesetz stehen, vgl. § 47. Durch die Eröffnung der abstrakten Normenkontrolle nach § 47 wird die inzidente Normenkontrolle im konkreten Fall nicht ausgeschlossen<sup>53</sup>. Zur Bindungswirkung der klageabweisenden Normenkontroll-Entscheidung vgl. § 47 Rn. 48.

43 BVerfGE 26, 44.

44 BVerfG NVwZ 1995, 158.

45 BVerfGE 2, 136; JZ 1960, 602.

46 Z. B. Art. 88 Verf. BW; zur Zulässigkeit vgl. BVerfGE 4, 178.

47 BVerfG NJW 1998, 1699.

48 BVerfGE 10, 58; BVerwGE 58, 189 für AußenwirtschaftsV; E 58, 162 zur SpielgeräteV; E 89, 121 zur Zulässigkeit des Umlaufverfahrens; E 110, 193.

49 BVerfGE 8, 322.

50 Vgl. Schleswig NordÖR 2000, 25.

51 Bremen: Art. 142; Hamburg: Art. 64; Hessen: Art. 133; vgl. HessStGH NJW 1970, 569; Bayern: Art. 92, vgl. BayVerfGE 4, 63.

52 Vgl. BVerwG NVwZ 1987, 50; BauR 1993, 648; Münster NVwZ 1990, 794.

53 BVerwGE 56, 172; E 58, 299.

- 12** Das Gericht hat auch zu prüfen, ob **völkerrechtliche Regeln** innerstaatliche Geltung haben. Es kann über die Anwendung von Völkerrecht selbständig entscheiden<sup>54</sup>. Ist es jedoch zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbare Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Art. 25 GG), hat das Gericht nach Art. 100 Abs. 2 GG die Entscheidung des BVerfG einzuholen. Auch hier ist für die Vorlage erforderlich, dass die **Zweifelsfrage entscheidungserheblich** ist<sup>55</sup>. Vgl. im Übrigen Rn. 7 ff.
- 13** Prüfungsmaßstab für das Gericht ist schließlich auch das **Recht der Europäischen Union**. Bei dem Unionsrecht, das weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht ist, handelt es sich um eine eigenständige Rechtsordnung, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt<sup>56</sup>. Dabei gelten die Vertragswerke als **primäres Unionsrecht**, während die von den Organen der Union erlassenen Verordnungen und Richtlinien als **sekundäres Unionsrecht** bezeichnet werden. Nach Art. 288 AEUV haben die Verordnungen, ohne dass es einer Transformation durch den nationalen Gesetzgeber bedarf, unmittelbare Geltung im Bereich der Mitgliedstaaten<sup>57</sup>. Die nach Art. 288 AEUV erlassenen **Richtlinien** entfalten diese Wirkung gegenüber dem zuständigen Organ des Mitgliedstaates nur hinsichtlich der Zielsetzung, während den innerstaatlichen Stellen bei der Umsetzung der Richtlinie in nationale Regelungen die Wahl der Form und der Mittel überlassen bleibt<sup>58</sup>. Der EuGH verlangt für die Umsetzung einer Richtlinie eine Rechtsnorm und sieht eine Verwaltungsvorschrift grundsätzlich nicht als ausreichend an<sup>59</sup>.
- 13a** **Richtlinien stellen keinen unmittelbar anwendbaren Rechtsakt** eines Unionsorgans dar<sup>60</sup>. Durch sie werden die Mitgliedsstaaten zur Umsetzung in nationales Recht innerhalb einer bestimmten Frist verpflichtet. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist entfalten Richtlinien nur begrenzt Rechtswirkungen. Die Mitgliedsstaaten haben vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist alle Maßnahmen zu unterlassen, die das Erreichen des Richtlinienziels vereiteln oder verhindern könnten (**Vorwirkung der Richtlinie**)<sup>61</sup>. Stellt das nationale Gericht eine solche Wirkung einer nationalen Norm fest, hat es diese nicht anzuwenden<sup>62</sup>.
- 13b** Ist nach **Ablauf der Umsetzungsfrist** die Richtlinie **nicht** in nationales Recht umgesetzt worden, kann die Anwendung einer mit der Richtlinie in Widerspruch stehenden nationalen Vorschrift jedoch mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar sein<sup>63</sup>. Insbesondere darf der Mitgliedstaat die noch nicht umgesetzte Richtlinie nicht durch konträre Maßnahmen unterlaufen. Der EuGH<sup>64</sup> geht in seiner Rechtsprechung weiter, indem er der noch nicht umge-

54 Münch JZ 1964, 163.

55 BVerfGE 75, 1; Sachs/Sturm/Detterbeck Art. 100 Rn. 27.

56 BVerfGE 22, 293, zum Rechtsschutzsystem der EG vgl. Schwarze NJW 1992, 1065; Rengeling DVBl. 1995, 945; Schoch/Schmidt-Aßmann Einl. Rn. 101 ff.

57 EuGH NJW 1972, 1639; Zuleeg, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969, S. 30, 56.

58 Vgl. Erichsen VerwA 64, 101; v. Dannwitz DVBl. 1998, 421.

59 EuGH Slg. I 1991, 2607 zur TA-Luft; Slg. I 1991, 2567; dazu Callies NVwZ 1998, 8; Everling RIW 1992, 379; Zuleeg NJW 1993, 31.

60 BVerwGE 77, 214, vgl. auch BVerwG NVwZ 1992, 1093; dazu auch Beckmann DVBl. 1991, 358, Papier DVBl. 1993, 809.

61 BVerwGE 107, 1, dazu Zeichner NVwZ 1999, 32; EuGH NVwZ 1998, 385, dazu Gassner NVwZ 1998, 1148; vgl. auch Weiß DVBl. 1998, 568; Erbguth/Stollmann DVBl. 1997, 453.

62 Callies/Ruffert EUV AEUV 4. Aufl. 2011 Art. 288 Rn. 24.

63 BVerwGE 74, 241 für freien Warenverkehr auf dem Gebiet der Landwirtschaft, vgl. auch E 70, 41 für Einfuhruntersuchungskosten.

64 Vgl. NJW 1982, 499 zur Verbindlichkeit von Richtlinien.

setzten Richtlinie im Rahmen der Umsetzungsverpflichtung dann Bindungswirkung für Verwaltung und Gerichte beimisst<sup>65</sup>, wenn die Voraussetzungen der ausnahmsweisen unmittelbaren Wirkung der Richtlinie vorliegen. Fehlen diese Voraussetzungen, gilt das nationale Recht<sup>66</sup>. Die Richtlinie entfaltet trotz fehlender oder unzulänglicher<sup>67</sup> Umsetzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist<sup>68</sup> unmittelbare Wirkung mit der Folge, dass sich auch der Einzelne auf sie berufen kann, wenn die jeweilige Bestimmung der Richtlinie unbedingt und hinreichend genau ist<sup>69</sup>, insbesondere aber wenn sie dem Schutz der öffentlichen Gesundheit dient<sup>70</sup>.

Die Gerichte haben das **nationale Recht** im „Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen“<sup>71</sup>, d.h. mit der **Auslegung** muss erreicht werden, dass das nationale Recht so weit wie möglich mit dem Ziel der entsprechenden Richtlinie im Einklang steht<sup>72</sup>. Dies gilt sowohl für das die Richtlinie umsetzende nationale Recht als auch das nationale Recht, das nach Ablauf der Umsetzungsfrist bei dann vorliegender unmittelbarer Wirkung der Richtlinie auszulegen ist. 13c

Für das Verhältnis von Unionsrecht zu nationalem (deutschen) Recht gibt es keine dem Art. 31 GG entsprechende Vorschrift. Der EuGH hat jedoch, da anders die Rechtsgrundlage der Union selbst in Frage gestellt würde, in ständiger Rechtsprechung den **Vorrang des Unionsrechts** vor nationalem Recht bejaht, und zwar nicht nur für das Vertragsrecht, sondern über Art. 288 AEUV auch für sekundäres Unionsrecht<sup>73</sup>. Der EuGH hat dem sekundären Unionsrecht auch gegenüber dem parlamentarischen Haushaltsrecht, das im GG verfassungsrechtlich geregelt ist, Vorrang eingeräumt<sup>74</sup>. Durch den Vorrang ist auch ausgeschlossen, dass sekundäres Unionsrecht durch ein später erlassenes nationales Gesetz derogiert werden kann<sup>75</sup>. Aus dem Vorrang des Unionsrechts und dem Auslegungsmonopol des EuGH (vgl. Rn. 17) folgt, dass eine Entscheidung über die Auslegung einer EU-Norm durch den EuGH auch Vorrang vor der Auslegung dieser Norm durch das BVerwG hat<sup>76</sup>. An die Entscheidung des EuGH über die Vorlagefrage ist das Gericht gebunden; dies gilt auch dann, wenn die entscheidungserhebliche Frage vom EuGH in einem anderen Verfahren entschieden worden ist<sup>77</sup>. 14

**Innerstaatlich** beruht der **Vorrang des Unionsrechts** auf Art. 23 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Ratifizierungsgesetzen und den Verträgen<sup>78</sup>. Nachdem zunächst streitig war, ob sich dieser Vorrang, also auch des sekundären Uni- 15

65 EuGH DVBl. 1990, 689; NVwZ 1996, 369 zur UVP-Richtlinie, dazu Callies NVwZ 1996, 339; Epiney DVBl. 1996, 409; EuGH NJW 1997, 3365 zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge.

66 Vgl. weiter zu den Folgen der Unwirksamkeit einer Umsetzungsverpflichtung EuGH NJW 1994, 1094 zu § 22 UVPG m. Anm. Schink NVwZ 1995, 953. Zum Schadensersatz bei Nichtumsetzung einer Richtlinie vgl. EuGH NJW 1992, 165.

67 EuGH Slg. 1986, 723, Marshall I.

68 EuGH Slg. 1979, 1629, Ratti.

69 EuGH Slg. 1999 I-1405.

70 EuGH NVwZ 2008, 984.

71 EuGH Slg. 1984, 1891.

72 EuGH Slg. 1990 I – 14135, Markleasing.

73 RsprGH X, 1251; vgl. auch Ehlers DVBl. 1991, 605; Schoch/Schmidt-Aßmann Einl. Rn. 110; grundlegend Jarass/Beljin NVwZ 2004, 1.

74 NJW 1972, 1639: Schlachtprämien in Italien, dazu Erichsen VerwA 64, 101.

75 BVerfGE 22, 293; Zuleeg EuR 1969, 265.

76 BVerwGE 49, 60 zu § 12 AufenthaltsG; E 85, 24 zum Ausschluss eines Anspruchs nach nationalem Recht durch Gemeinschaftsrecht.

77 BVerfG NJW 1988, 2173.

78 BVerfGE 31, 145 für Art. 95 EGV a. F.; vgl. auch E 37, 271.



onsrechts, auch auf das Verfassungsrecht beziehen kann<sup>79</sup>, hat das BVerfG diese Frage bejaht<sup>80</sup>.

- 16** Bei einer **Kollision** zwischen Unionsrecht und deutschem Recht **führt** der Vorrang des Unionsrechts **nicht zur Nichtigkeit** der deutschen Rechtsnorm; vielmehr überlagert das Unionsrecht die nationale Norm nur und schließt, solange es besteht, die Anwendung dieser Norm aus<sup>81</sup>. Die nationale Norm kann wieder angewendet werden, wenn das überlagernde Unionsrecht aufgehoben wird<sup>82</sup>. Zu den Besonderheiten der Verbindung von nationalem vorläufigen Rechtsschutz bei unionsrechtlich determinierten VAen vgl. § 80 Rn. 3b ff.; § 123 Rn. 10. Wieweit sich aus Art. 47 GrCH auch bei entgegenstehendem nationalem Recht eine Notwendigkeit vorläufigen Rechtsschutzes ergeben kann, ist noch nicht abschließend geklärt<sup>83</sup>.
- 17** Das **Gericht stellt selbständig fest, ob eine deutsche Gesetzesnorm** wegen einer Kollision mit Unionsrecht **nicht angewendet oder ausgeführt werden darf**<sup>84</sup>. Das Gericht, gegen dessen Entscheidung ein Rechtsmittel zugelassen ist,<sup>85</sup> **kann**<sup>86</sup>, das Gericht, das letztinstanzlich entscheidet, **muss**<sup>87</sup> dem EuGH nach Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung **vorlegen**, wenn es für seine Entscheidung auf eine Auslegung des Vertrages, auf die Gültigkeit oder Auslegung der Handlungen der Organe der Union oder auf die Auslegung der Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen ankommt<sup>88</sup>; vgl. die Empfehlungen des EuGH an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen (ABl. 2012 C 338/1). Will ein Gericht einen unionsrechtlichen Rechtsakt wegen seiner vom Gericht angenommenen Ungültigkeit nicht anwenden, muss es wegen des Verwerfungsmonopols des EuGH vorlegen<sup>89</sup>. Um eine „Mussvorlage“ handelt es sich auch, wenn das OVG den Antrag auf Zulassung der Berufung ablehnen will und das Urteil damit nach § 124a Abs. 2 Satz 3 rechtskräftig würde<sup>90</sup>. Das Unterlassen der Vorlage kann Revisionsgrund nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 sein.<sup>91</sup> Die **Vorlage** an den EuGH kann nicht nur im Verfahren über die Hauptsache, einschließlich des Normenkontrollverfahrens (vgl. § 47 Rn. 9) erfolgen, sondern auch, **wenn vorläufiger Rechtsschutz** nach § 80 oder § 123 **begehrt wird**. Der EuGH<sup>92</sup> hat hier die Zulässigkeit einer Vorlage auf jeden Fall bejaht, jedoch eine Verpflichtung zur Vorlage nach Art. 267 AEUV, auch wenn kein Rechtsbehelf mehr gegen die Entscheidung zulässig war, dann verneint, wenn ein Verfahren in der Hauptsache von

79 Vgl. insgesamt Benda/Klein DVBl. 1974, 389; Erichsen VerwA 64, 101; Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 255, 277 m. w. N.

80 NJW 1987, 577 für Grundrechte, vgl. Rn. 21.

81 Vgl. BVerwGE 87, 154.

82 BVerwGE 45, 72; Ipsen, Scheuner-Festschrift, 1973, S. 211.

83 Vgl. Hailbronner/Thym NVwZ 2012, 408; Marx NVwZ 2012, 412.

84 BVerfGE 31, 145 m. Anm. Meier NJW 1971, 2122; Ipsen EuR 1972, 57.

85 Beschwerde gegen Nichtzulassung der Revision reicht aus, BVerwG NJW 1987, 601; BVerfG NJW 1987, 601.

86 Vgl. BVerwG NJW 1986, 1448.

87 Vgl. EuGH NJW 1983, 1257; BVerfG DVBl. 1990, 984: Bei Nichtvorlage Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt.

88 Entsprechend Art. 150 EAGV; nach Art. 41 EGKSV besteht die Pflicht für alle Gerichte, jedoch beschränkt auf die Frage der Gültigkeit der Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane; vgl. dazu BVerfGE 22, 134; NJW 1988, 1456; E 31, 279 m. Anm. Schott NJW 1969, 1547; BFH NJW 1969, 388 m. Anm. Meier; insgesamt Everling, Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 1986; Clausnitzer NJW 1989, 641; Rabe, Redeker-Festschrift S. 201; Ress Die Verwaltung 1987, 177; Latzel/StreinZ NJOZ 2013, 97.

89 Lenz/Borchardt EU- u. EG-Vertrag, 4. Aufl. 2006, Art. 234 Rn. 43; Sellmann/Augsberg DÖV 2006, 533 (535).

90 EuGH Slg. 2002, I-4839 Rn. 25.

91 BVerwG NJW 1988, 664.

92 NJW 1977, 1585 zur einstweiligen Verfügung.